

不真正不作为犯（実行行為性）

©甲斐翔真

1 はじめに

犯罪は作為（一定の動作をすること）により実現されるのが通例であるが、赤ちゃんにミルクを与えずに放置して殺す等、不作为（一定の動作をしないこと）によっても実現できる。この不作为による犯罪実現を不作为犯という。

(1) 真正不作为犯：作為義務が法律の明文で規定されている不作为犯
不退去罪（130条後段）など
作為義務の内容→住居等から退去すること

(2) 不真正不作为犯：作為義務が明文で規定されていない不作为犯
赤ちゃんにミルクを与えず餓死させる不作为殺人も「人を殺した」（199条）との文言に文理上含まれると解する。

処罰対象となる作為義務が条文で特定されていない。

↓

自由が制約される程度が大きい。

↓

犯罪成立範囲が不当に拡大するおそれが高いため、成立範囲を妥当に限定する視点が重要

2 不真正不作为の成立要件

不真正不作为犯も作為犯と同じ条文で処罰されるため、作為犯と同視（同価値）できる内容（実行行為・結果・因果関係、故意又は過失）を充足してなければならない。

実行行為の内容→作為義務・作為容易性、可能性

これらが肯定されたら、作為義務違反として実行行為性あり。

3 作為義務（作為による実行行為と同価値か否か）

(1) 危険創出行為

行為者の先行行為により、結果発生原因を作出

(2) 保護引き受け

自己の意思で結果発生危険を引き受けた

(3) 排他的支配

法益に対して排他的支配

その者に法益維持が具体的かつ排他的に依存している関係

不真正不作為犯（実行行為性）

©甲斐翔真

（４）考慮方法

考慮方法として、（１）（２）（３）を併用して法的作為義務の有無を判断する多元説が司法試験的には一般的とされています。

平成 22 年司法試験刑法出題趣旨

「作為義務ないし保証人的地位の発生根拠（基礎付け事情）に関する考え方を示すことが必要となるところ、作為義務の発生根拠については、**多元的に理解するのが一般**であり、法令、契約及び条理のほか、先行行為、事実上の引受け、排他的支配領域性に求めるなどの様々な考え方があり、それらを踏まえて自らの見解を明らかにすることになる。」

平成 30 年司法試験刑法出題趣旨

「作為義務については、その発生根拠と内容を指摘・検討した上で」とあるので、作為義務の発生根拠をどのように解釈するかにより結論が分かれる事例

ア 多元説（総合判断説）

不明確で恣意的判断の危険あり。

イ 多元説（二元説）←私はこれで書いてます！

作為と同価値性といえるためには、

因果の流れを設定する点で（１）又は（２）

結果発生に向かう因果の流れを支配する点で（３）

4 作為可能性・容易性

法は不可能や困難を強いらぬ。